

Poder Judicial de la Nación

**Sala II- Causa n° 29.888 “Pagano,
Augusto Nicolas s/ procesamiento
y embargo”**

Juzg. Fed. n° 6. Sec. n° 11

Expte. n° 12.660/09/03

Reg. n° 32.492

//////////nos Aires, 1 de febrero de 2011.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Dr. Juan Martín Hermida, defensor oficial de Augusto Nicolás Pagano, contra la resolución que obra a fs.1/3 mediante la cual el Sr. Juez de grado dispuso el procesamiento del nombrado por considerarlo autor del delito previsto en el artículo 31, inc “d” de la ley 22.362 y trabó embargo por la suma de \$500 sobre sus bienes.

La defensa al presentar su impugnación sostuvo que la conducta que se le reprocha a su asistido deviene atípica, y alegó que su asistido no engañó a nadie sobre la originalidad de los productos vendidos (ver 4/5 y 11/4).

II- En primer lugar, no existe discusión en punto a que el día 4 de septiembre de 2009, Augusto Nicolás Pagano ofrecía en el piso de la vereda en Av. Alberdi 5941, discos compactos envueltos en sobres de nylon que presentaban láminas fotocopiadas de música y películas (conf. fs. 1/2, 6, 45/6, 35/41, todas del legajo principal).

Los Dres. Cattani e Irurzun dijeron:

USO OFICIAL

Esta Sala ha sostenido -desde antaño- que no existe afectación o amenaza hacia el bien jurídico tutelado por la ley 22.362 en los casos en que la calidad visiblemente apócrifa y ciertas circunstancias que hacen al contexto de venta, tornan inidónea a la comercialización cuestionada para causar *confusión en el público consumidor* (conf. causa n° 5.831 “Cuenca Textil”, reg. n° 6619 bis del 22/08/89, causa n° 18.875 “Ziva”, reg. n° 20.397 del 31/10/02; causa n° 20.298 “Gabriel Añaños”, reg. n° 21.502 del 2/09/03; causa n° 20.475 “Misci”, reg. n° 21.759 del 13/11/03; causa n° 20.728 “Balmaceda”, reg. n° 22.009, rta. el 3/2/04; causa n° 22.326 “Méndez”, reg. n° 23.485 del 15/03/05; causa n° 22.001 “Sánchez Negreiros”, reg. n° 23.486 del 15/03/05; causa n° 23.046 “Corrado”, reg. n° 24.326 del 18/10/05; entre muchas otras).

Más recientemente, se resaltó que tal exégesis deriva necesariamente de la propia letra del artículo 31 de la normativa citada pues tanto la *falsificación* como la *imitación fraudulenta* exigen en su literalidad la potencial confusión en el público acerca de la originalidad de un producto. De hecho, tal como surge de la exposición de motivos de la ley 22.362, la asunción por parte del Estado de la acción penal pública estuvo justificada por la necesidad de dinamizar el anterior régimen de la ley 3.975, “*reconociendo en la actividad que se persigue una verdadera falsificación, con su secuela de engaño y descrédito para la confianza pública*”.

De tal manera, encuadrar una acción en esta figura habiéndose descartado tal posibilidad y bajo el argumento de que aquella busca proteger -separadamente- al titular marcario y al público consumidor, implica excederse del tipo penal analizado sobrepasando los límites del principio de legalidad.

En el *sub examine*, la calidad de los discos compactos que le fueron incautados a Augusto Nicolás Pagano, -son los conocidos comercialmente como vírgenes o grabables, ver resultados del peritaje practicado a fs. 45/6 ppal.- y

Poder Judicial de la Nación

las condiciones en que eran exhibidos para su comercialización, esto es, en la vía pública y con sus portadas fotocopiadas, permiten concluir que los elementos no eran idóneos para producir la posibilidad de engaño que exige la norma analizada.

Por lo expuesto, se propicia el Acuerdo que se revoque el decisorio recurrido.

El Dr. Farah dijo:

He sostenido que *“...Ante este tipo de supuestos, iniciados por prevención policial y donde no existe querellante, la afectación o potencial afectación al bien jurídico protegido por la norma, entonces, debe traducirse en la posibilidad concreta de engaño al público consumidor. Si este fuese desechado, la conducta perseguida debe reunir una serie de características que hagan presumir un perjuicio hacia el titular de la marca -aún frente a su pasividad- vale decir, dimensiones considerables, giro comercial importante y efectos negativos apreciables. Solo bajo estas circunstancias se supera el umbral constitucional que resulta del principio de lesividad (...) y la persecución penal se hace viable, pues aparece el ‘fin’ que justifica y da sentido a la injerencia penal en la libertad de acción del individuo (Sala I de esta Cámara, causa n° 41.065 “Berardi”, reg. n° 101 del 14/02/08 y su cita).*

Así las cosas, la conducta investigada en autos contrasta con los parámetros señalados, dada la forma inusual y atípica en que se ofrecían al público los discos compactos -en plena vía pública- y que a simple vista se podría advertir que no pretendían imitar los originales, por lo tanto, resulta imposible en tales condiciones que se haya puesto en peligro la credibilidad del fabricante -en este caso, incluso, ausente de presentación-, pues el consumidor sabe que los defectos

propios de los productos que adquirió, sin duda, no son responsabilidad del dueño
marcarlo.

En virtud de los motivos expuestos, habré de compartir la
solución propuesta por mis colegas preopinantes.

En función de lo que surge del Acuerdo que antecede, este
Tribunal **RESUELVE:**

REVOCAR la resolución apelada en todo cuanto decide y fuera
materia de apelación.

Regístrese, hágase saber al Sr. Fiscal General y remítase a la
anterior instancia, donde deberán efectuarse las restantes notificaciones a que
hubiere lugar.

Fdo: Horacio Rolando Cattani- Martín Irurzun- Eduardo G.
Farah.-

Ante mi: Laura Victoria Landro. Secretaria de Cámara.-